

рення забезпечувального інтересу між боржником та кредитором. Ефект прикріплення полягає в тому, що забезпечувальні інтереси прикріплюються до забезпечувального майна, що надає кредитору права *in rem* (речові права) проти боржника, але не обов'язково проти третьої сторони.

Таким чином, головною метою прикріплення є виникнення у кредитора речових прав у відношенні боржника. Однак, прикріплення не гарантує забезпечувальному інтересу юридичної сили проти вимог третіх сторін. Отже, укладення угоди про забезпечення в США, надає кредиторові право пріоритету над іншими кредиторами та наступними покупцями, тобто над третіми особами. В англійському праві прикріплення забезпечувального інтересу не гарантує такого пріоритету.

Важливою ланкою в процесі надання забезпечувальному інтересу повної юридичної сили є формалізація.

Формалізація являє собою надання забезпечувальному інтересу такого статусу, який значно поширює можливості його реалізації по відношенню до вимог третіх сторін, а отже, підвищує його ефективність як засобу забезпечення. Після формалізації забезпечена сторона захищається від подальших кредиторів, цесіонаріїв боржника, та від будь — якого представника кредиторів в ході провадження у зв'язку з банкрутством боржника. Наприклад, в ст. 9—301 ЕТК встановлений перелік осіб, які користуються пріоритетом над неформалізованими забезпечувальними кредиторами. Тобто, окрім «загального» пріоритету, встановленого в статті 9—201 ЕТК, після формалізації забезпечений кредитор отримує додатковий пріоритет перед особами переліченими в ст. 9—301 ЕТК США.

Таким чином, можна зробити висновок, що створення забезпечувального інтересу є багатостадійним процесом, внаслідок якого вищезазначена правова категорія може отримувати різні ступені юридичної сили, в залежності від здійснення сторонами дій, відповідно до вимог законодавства, по наданню інтересу такої сили.

Клім С.І.

*викладач кафедри міжнародного права та порівняльного
правознавства Міжнародного гуманітарного університету*

ПРОБЛЕМА ПРОГАЛИН В ІНОЗЕМНОМУ ПРАВІ

Юридична наука завжди спрямовувала свої зусилля на теоретичне осмислення кола важливих проблем та їх дослідження. Питання про прогалини у праві ставиться наукою переважно у зв'язку із застосуванням та тлумаченням правових норм, а також при вирішенні задач правотворчого та правозастосувального процесів. Суд або інший орган чи учасники цивільних правовідносин, які застосовують право, стикаються із ситуаціями, коли певні фактичні відносини, життєві обставини не врегульовані актами

законодавства. Незважаючи на всі спроби законодавця створити довершену систему правових норм в силу суб'єктивних та об'єктивних причин навіть саме досконале законодавство не позбавлене прогалин. Як правильно зауважив В.М. Жуйков, прогалини у праві були, є і будуть завжди, як би законодавець не хотів та не міг приймати необхідні закони, оскільки передбачити всі відносини, що потребують правового регулювання, просто неможливо. В окремі історичні періоди навіть стабільне та добре розроблене законодавство, у якому прогалин може бути небагато, починає кардинально оновлюватися, що призводить до збільшення прогалин у регулюванні дуже важливих відносин.

В правовій науці існують дискусії стосовно того, чи можна взагалі говорити про існування прогалин. Внаслідок аналізу існуючих точок зору стосовно наявності прогалин у праві можна виділити три варіанта безпрогальності права:

1. Правом є лиш те, що відображено в тексті закону. Усілякий розсуд під час правозастосування забороняється. Чезаре Беккарія писав, що немає нічого не безпечнішого загальновизнаної аксіоми, що варто керуватися духом закону, що негативні наслідки від строгого дотримання букви закону незначні у порівнянні з тими «невгодами», що породжені його тлумаченням. Дана концепція є дуже сумнівною, оскільки розвиток суспільних відносин та техніко-юридичні помилки законодавця при створенні нормативно-правових актів призводять до пропуску правового регулювання тих фактичних обставин, які цього потребують, і «механічне» застосування законодавства правозастосовцем призведе до порушення найвищої соціальної цінності держави,- прав та свобод людини (ст.3. Конституції України).

2. Дещо інша позиція викладена у теорії логічної замкнутості права, суть якої складається в тому, що крім норм права, закріплених в нормативно-правових актах є норми, що виводяться із закону, шляхом його логічного розвитку. Засновником даної позиції вважають Р. Ієрінга, який вказує на те, що правові положення є тільки зовнішньою поверхнею права, яка ні якісно, ні кількісно не вичерпує його дійсного змісту, а недоліки закону можна подолати за допомогою тлумачення та юридичних конструкцій. В даному випадку мова йде про можливість виведення нової правової норми із усієї сукупності юридичних понять. Послідовником логічної замкнутості права був Ф. Регельсбергер, який визначав, що позитивне право має визначення для всіх питань, для всіх відносин, воно не терпить в належній йому області ніякого безправного пространства. До того ж, він визнавав існування прогалин у зв'язку з тим, що під загальні вимоги закону ніколи не підійдуть всі фактичні умови конкретного випадку, а законодавець не може передбачити всі зміни в практичному житті, але в свої роботі він суперечить собі і вважає, що в праві прогалин взагалі немає. Прихильниками цієї точки зору на прогалини в праві були Г. Дєрнбург та Є.Васьковський, які в кінцевому рахунку все ж таки визнали наявність прогалин у праві, але засобами їх подолання вважали наявний матеріал законодавства. Так,

наприклад, Г.Дернбург в своїх Пандектах писав, що не дивлячись на кількість законів, вони ніколи не можуть бути настільки повними, щоб містити відповідь на усіляке питання, і в таких випадках вирішення справи має відбуватися за рахунок змісту законів як цілісної системи. В подальшому теорія логічної замкнутості права знайшла свій розвиток у правовій школі Ганса Кельзена. Згідно з позитивістською теорією Г. Кельзена, як він сам її і називає, кожна «нижчестояща» норма повинна виводитись з «вищестоящої» аж до «основної» норми, що і замикає піраміду позитивного права. Теорія логічної замкнутості права майже в повній мірі відображає реалії правозастосування, але в даному випадку не врахований розвиток суспільства, держави та й права як такого, інакше кажучи «основна норма» Г. Кельзена із плином часу перестане бути «основною», що пов'язано з появою нових стандартів та вимог до системи правових норм й ця замкнутість або розширить своє коло регулювання, або взагалі перейде в нову «іпостась» права.

3. Представники соціологічної юриспруденції ототожнювали право та порядок фактичних відносин в суспільстві, внаслідок чого відбулося завищення фактичного порядку речей. Ототожнюючи право та правовий порядок, Р. Паунд та його послідовники визначають останній як діяльність судових, адміністративних й інших органів, в результаті право є нічим іншим як рішення суду, допоки суд не прийняв рішення з певної справи, ніякого права відносно самої події і обставин цієї справи ще не існує. Таким чином, закон є всього-на-всього передбаченням того, що зробить суд. Гіперболізація ролі суду в даному випадку призводить до того, що правові відносини виникають лише в залі судового засідання або кабінеті владного органу, не враховуючі при цьому повсякчасне правове регулювання відносин, які не знаходяться в стані «конфлікту».

Виходячи з аналізу вищезазначених позицій стосовно існування прогалин в праві, можна зробити висновок, що визнання або заперечення наявності прогалин залежить від розуміння права як такого. Якщо право є сукупністю правових норм, закріплених в нормативно-правових актах, що встановлені або санкціоновані державою та підтримуються державним примусом, то можна говорити про «прогалини в праві». Про прогалини в праві правомірно говорити лише тоді, коли право представляє собою зафіксовані норми, що застосовуються до конкретних фактів. У випадку визнання існування «надпозитивного права», «позазаконного права», що виражене в існування певних вимог, ідей, які забезпечують справедливе вирішення справ, дотримання прав і свобод людини, дарованих їй від народження, розглядати поняття «прогалин у праві» не є доречним, вказують на існування «прогалин у законі».

В національному законодавстві, зокрема у статті 8 Цивільного кодексу, закріплені засоби подолання прогалин (аналогія закону та аналогія права). У випадку необхідності врегулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, виникає можливість наявності прогалин у іноземному праві, що відповідно до ЗУ «Про міжнародне приватне право» підлягає застосуванню. Перед правозастосовним органом постає проблема

встановлення змісту іноземного закону. Проблема прогалин в іноземному праві надзвичайно схожа із проблемою, яка полягала у тому, як має діяти правозастосовчий орган в тому випадку, якщо він не зможе встановити іноземної правової норми, що регулює дані правові відносини? Проте, така схожість є швидше зовнішньою, однак, по своїй суті це є дві абсолютно різні проблеми. Перша має негативний ефект, оскільки орган не зміг встановити право, не в зв'язку із відсутністю норми, а в силу об'єктивних причин неможливості знайдення її формалізованого джерела (нормативного акту, прецеденту тощо), натомість в другому випадку — компетентний орган фактично повністю дослідивши питання встановив, що воно прямо не врегульовано національним правом держави, до якої відсилає колізійна норма. ЗУ «Про міжнародне приватне право» не містить прямих вказівок з цього приводу. Хоча, на перший погляд, положення ч. 4 ст. 8 даного Закону, яке передбачає, що «якщо зміст норм права іноземної держави в розумні строки не встановлений, незважаючи на вжиті згідно з цією статтею заходи, застосовується право України» і вказує на те, що законодавець притримується першої позиції, що не дозволяє застосування аналогії щодо іноземного права, а вимагає в таких випадках застосування права України. Однак, на наш погляд, це не так. Не встановлення іноземного права (про яке йде мова в даній нормі) та прогалина в праві є різними за своєю сутністю явищами. Спільною є їх зовнішня форма, однак не внутрішній зміст. Коли ми можемо говорити про наявність прогалини в праві, правозастосовчому органу, напевне, відомо, що не він не встановив норму, а іноземний законодавець її не передбачив. Проте, це ще не означає, що в умовах іноземного правопорядку такі відносини жодним чином не врегульовані нормативно. Ми вже встановили, що існує кілька способів заповнення прогалин в праві. А оскільки український суд (чи інший компетентний орган) застосовуючи норми іноземного права має діяти так, як діяв би суд іноземний, враховуючи не лише безпосередньо норму, а й офіційне тлумачення, практику застосування та доктрину, то він безперечно має застосувати аналогію в тому випадку, якщо б іноземний суд застосував її. Якщо ж іноземний законодавець та іноземна практика передбачають субсидіарне застосування законодавства, то вітчизняний орган має так само застосувати ті іноземні правові норми, що в такому випадку мають субсидіарний характер. Крім того, додатковим аргументом на користь можливості застосування аналогії права (закону) щодо іноземних норм є те, що сучасне законодавство більшості цивілізованих країн (в тому числі і України) тяжіє до якомога більшого закріплення принципу найтіснішого зв'язку, тобто врегулювання відносин із іноземним елементом правом тієї держави, з яким ці правовідносини найбільш тісно пов'язані. В свою чергу, застосування вітчизняного права у випадку прогалини в іноземному праві, явно не відповідає даній тенденції. Саме тому, ми вважаємо, що в тому випадку, якщо вітчизняний правозастосовчий орган стикнувся із прогалиною в іноземному праві, і іноземний правопорядок допускає заповнення цієї прогалини аналогією, то він має діяти саме таким чином.